



論  
説

生存権をめぐる司法消極主義と積極主義 (二)

中  
谷  
実

一 はじめに

二 消極主義のテクニク

《消極主義 I》

- (一) 「処分性なし・訴えの利益なし」テクニク (以上、第二七卷第四号)
- (二) 「権利行使の要件を欠く」テクニク
- (三) 「不適法な訴え」テクニク
- (四) 「死亡により訴訟終了」テクニク (以上、本号)

## 二 消極主義のテクニック

### 《消極主義Ⅰ》〔承前〕

#### (一) 「権利行使の要件を欠く」テクニック

##### A 概要

これは、権利行使の要件を欠くとして訴えを斥け、憲法判断を回避するテクニックである。

##### B 裁判例

(1) 〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 京都地判平成三年二月五日(前掲(一)B(2)、注(1)参照、②↓5・10・5〈児童扶養手当(開始日)／給付〉大阪高判)は、原告母の国に対する公法上の債権に基づく主位的請求について、「受給資格者が手当の支給を受けるためには、受給資格及び手当の額について、知事の認定を受けることが必要であつて、これが、その要件となつてゐることが明らかであり、手当の支給を請求するには、この認定を欠くことはできない。ただ、この認定が権利確認的なものであれば、それが権利行使の要件となるし、権利創設的なものなら、権利発生要件となる点で、その要件の法的性質を異にするにすぎない」、「受給資格者である原告」母「の昭和五四年一月四日から同五六年三月末までの間のいずれの時点についても、その受給資格及び手当の額の認定がない」ゆえ、原告母「は、右期間の児童扶養手当の支給を請求するための受給権の発生がないか、少なくともその権利行使の要件を欠

く」と述べ、原告母の「手当法七条一項のいわゆる非遡及主義の適憲性を論ずるまでもなく」、原告母の「公法上の給付請求は、その理由がなく失当」とし、棄却する。

(2) 〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 大阪高判平成五年一〇月五日(前掲(B)(2)参照、①↓3:2:5 〈児童扶養手当(開始日)／給付〉京都地判)も、公法上の債権の請求について、一審を維持する。

C このテクニクを支える思想

(1) 生存権観

(a) 生存権への積極的コミット

(ア) 憲法二五条へのかなりのコミット

〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 京都地判平成三年二月五日は——同一事件である〈児童扶養手当(周知)／国賠〉 京都地判平成三年二月五日では、後述するように、また、既に述べたように(前掲(C)(1)(a)(ア))——、生存権にかなりコミットしている。

(b) 生存権への消極的コミット

(ア) 児童扶養手当の支給方法、支給時期は、社会手当の一つとして児童手当と同様の方法による

〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 京都地判平成三年二月五日は、昭和六〇年改正前の児童扶養手当法の性質について、「立法当初から、児童扶養手当は国民年金法六一条所定の母子福祉年金を補完する制度として設けられたものであり、児童の養育者に対する養育に伴う支出についての保障であることが明らかな児童手当法所定の児童手当とはその性格を異にし、受給者に対する所得保障である点においては、母子福祉年金ひいては国民年金法所定の国民年金(公的年金)一般と基本的に同一の性格を有するものであるが」、「児童扶養手当は児童手当の制度を理念と

して将来におけるその実現の期待のもとにいわばその萌芽として創設されたものであつて、限られた分野であるが、児童手当制度の属性を備えていたことは、立法の経過に照らし、一概に否定できない」、「そして、母子福祉年金は、抛出要件を緩和し、保険技術のうちの収支相当の原則を修正したものであるが、支給手続上は、なお、社会保険方式である国民年金の一つとして支給される。これに対し、児童扶養手当は、受益者無抛出、全額公費負担で賄われている点では母子福祉年金と類似するが、その支給方法、支給時期については、社会手当の一つとして児童手当と同様の方法によることが規定されている」という。

## (2) 司法哲学

### (a) 憲法判断の回避

〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 京都地判平成三年二月五日は、「原告らは手当法七条一項の適憲性につき重大な疑問があると主張しているが、三権分立の下で司法裁判所型の憲法訴訟をとる我が国の憲法においては、法律解釈などによりその憲法問題を回避しても事案の解決が可能である場合には、これによつて処理すべきであつて、その適憲性のいかんを判断すべきではないし、その必要もない」とし、憲法判断の回避を試みており、ここで見る限りは、消極的な司法観を示している。

## D このテクニクをめぐって

(1) 〈児童扶養手当(開始日)／給付〉 京都地判平成三年二月五日が、不支給処分が不存在であつたとして、法七条一項の「非遡及主義」の合憲性について判断するまでもなく原告の主張は失当とし、憲法判断を回避した点について、「たとえこの準則の適用を我が国で認めるにしても、憲法判断をしなくても違憲を主張している者の権利利益が救済される場合に限られる」、「本判决が手当法七条一項の解釈によつて」母の「権利利益を救済するなら、同

項の憲法判断をしなくても許されるが、そうではないのに憲法判断をしないのは極めて不当<sup>(1)</sup>という批判、「児童扶養手当と障害福祉年金との俸給制限が問題となった堀木訴訟では国側主張を支持した最高裁は、児童扶養手当と母子福祉年金ひいては国民年金一般との同一性を認め」ており、「本判決もこれも認めつつ、他方で児童扶養手当が『児童手当制度の属性を備えていた』とも述べ、必ずしもその位置付けを明確にしていけない。母子福祉年金において『遡及主義』を採用していることと、児童扶養手当において『非遡及主義』をとっていることとの関係について、裁判所が、憲法一四条さらには同二五条からみてどのように説明するのか」等の批判が見られる。

## 注

(1) 堀勝洋・季刊社会保障研究二七巻二号二〇五～二〇六頁(一九九二)。もともと、同コメントは、「憲法二五条に基づく社会保障法については広く立法裁量が認められ」、「かつ、手当の目的、性格、無拠出制等を考えると、手当法七条一項の非遡及主義は立法裁量の範囲に属し、必ずしも憲法に違反するとは言えないのではないか」、「非遡及主義は無拠出の給付制度において広く採用され、最低生活保障制度である生活保護制度も同様である。更に、拠出制の年金制度においてさえも、非遡及主義を採用している年金があることに留意する必要がある」という。二〇六頁。

(2) 木下秀雄・民商法雑誌一〇六巻五号七二五頁(一九九二)。同コメントは、既に見た〈児童扶養手当(開始日)／取消〉京都地判平成三年二月五日について、「本件不支給処分について不適法却下ではなく実質判断を行うか、あるいは、給付請求に関連して判断するかはともかく、何らかの憲法判断を示す必要があった」とも批判する。七二五頁。

## (三) 「不適法な訴え」テクニック

## A 概要

これは、現行法上許されない不適法な訴えであるとして、訴えを斥けるテクニックである。

## B 裁判例

(1) 〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉神戸地判昭和四七年九月二〇日<sup>(1)</sup>(堀木訴訟、判時六七八号一九頁、②↓50・11・10〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉大阪高判<sup>(2)</sup>)は、受給資格を有する旨の認定義務宣言を求める請求について、「手当法所定のその他の手当支給の障碍規定に原告が該当するか否かの点については、被告が別個の見地から新たに自ら判断すべきものであつて、その点の被告の判断を経ずして、裁判所が判決によつて輕々に被告に対し、原告主張のような認定をすべきことを強制し得るものではない」とし、「右訴は現行法上許されない不適法な訴であるから、却下する外はない」とする。

(2) 〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉大阪高判昭和五〇年一月一〇日(堀木訴訟、判時七九五号三頁、①↓47・9・20〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉神戸地判)は、受給資格を有する旨の認定義務宣言を求める請求について、「先行処分<sup>(3)</sup>の取消請求併せて義務づけ訴訟を提起しているような場合においても、行政庁に対する義務づけ訴訟は、三権分立の立場から、なお原則的には不適法として許されない」が、「例外的に、先行処分<sup>(3)</sup>の取消判決の違法とした理由以外の理由をもつて再び同一の拒否処分をなす余地がなく、申請に応じた処分をなすべき行政庁の作為義務の存在が一義的に明白であり、且つ事前の司法審査によらなければ、当事者の権利救済が得られず、回復しがたい損害を及ぼすというような緊急の必要性があると認められる場合には、行政庁に対する義務づけ訴訟も許される」と述べ、本件の場合、「児童扶養手当法第六条に基づき、都道府県知事のなす『受給資格及び手当の額』の認定については、同法第一二条、第一四条、第二九条などの規定に照らし、なお都道府県知事の裁量判断の余地が残されていると認められるので、本件認定処分が一義的になさるべきものというを得ない。本件義務づけ訴訟は不適法であり、許され」ず、原判決の義務付け訴訟を却下した部分は正当であるとして棄却する。

C このテクニックを支える思想

(1) 生存権観

〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉神戸地判昭和四七年九月二〇日は、義務付け訴訟について不適法な訴えとするが、後述する同一の事件である〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／取消〉神戸地判昭和四七年九月二〇日においては、「本件条項中の『公的年金給付』の内から、『国民年金法別表記載の一種一級の障害者として受給している障害福祉年金』を除外しない限り、その限度において、本件条項は前記憲法の条項に違反し、無効」とし、生存権に強くコミットしている。

(2) 司法哲学

(a) 司法が行政庁に作為を求めるのは三権分立の原則に反する

〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉神戸地判昭和四七年九月二〇日は、右に述べたように、生存権に強くコミットするものの、受給資格を有する旨の認定義務宣言に関しては、被告に対し作為を求めることは、「行政庁が行政権を発動するに際して有する一次的判断の権限を侵害するものであるから、三権分立の原則に反するものであつて、現行法上許されない訴である」とし、消極的な訴訟観を示している。

D このテクニックをめぐる

(1) 併給・受給制限関係

〈併給(障害福祉年金・児童扶養手当)／義務付〉神戸地判昭和四七年九月二〇日が、義務付け訴訟を否定した点について、「この判旨の特徴は、行政庁の第一次判断権の侵害を、判決の拘束力との関係から導き出している点にあるが、このような論法を用いる限り、義務付け訴訟はおそらく、一切否定される結果となろう」、「原告は、処分

の違法を主張してその取消を求めているのであるから、被告としては、その違法ならざる所以を立証すべき立場におかれているのであり、取消判決後別の理由で再度同一の処分を行うことを認めるのは、防禦の手段を尽さなかつた被告に利益を与える結果となる許りか、裁判が事件の最終的解決に役立たないものとなることをも敢て認めるもの」という批判がある。

注

(1) 国民年金法別表記載の一種一般に該当する視力障害者として、同法に基づく障害福祉年金を受給していた原告(堀木フミ子)は、昭和二十三年夫と離婚して以来、原告の次男(昭和三〇年生)を養育していた。原告は児童扶養手当法四条一項一号所定の要件を具備し、同五条所定の児童扶養手当の受給資格を有すると考え、昭和四五年二月二三日、兵庫県知事に対し、手当の受給資格について認定の請求をしたところ、知事は同年三月二三日付で右請求を却下する旨の処分をした。原告は同年五月一八日付で知事に対し異議申立てをしたが、知事は、原告が障害福祉年金を受給しているので、手当法四条三項三号に該当するとし、同年六月九日付で右異議申立てを棄却する旨の裁決をした。そこで、原告は、手当法四条三項三号は、憲法一四条一項違反——「国民年金法による障害福祉年金は、傷害または廃疾を要件として、当該個人に対して支給されるものであり、他方、手当法による手当は、児童の心身の健やかな成長に寄与するために支給されるものであるから、その実質的な受給権者は児童であり、その現実の支給を母に対してなしているに過ぎない」、「手当法は右の趣旨から、生別母子世帯の場合に限定せず、同居の父が廃疾のために公的年金を受給している場合、或いは母以外の者が児童を養育している場合にも手当を受給し得るものとしている」、「本件条項によつて、母が、障害福祉年金を受給している児童は手当を受給し得ない結果となつているのであり、この結果を手当法の前記趣旨および内容に照らせば、母が障害福祉年金を受給している児童を、母が障害福祉年金を受けていない児童と差別し、前者に対し不利益を負わせている」——、憲法一三条違反——「手当は児童の心身の健やかな成長に寄与するために支給されるものであるのに、母が身体障害者として障害福祉年金を受給しているという事実、即ち、手当法の目的とは関係のない事実を理由として、手当の受給資格を奪う本件条項は、児童を個人として尊重しないものである」——、二五条二項違反——「原告は身体障害者であるにも拘らず、母子世帯を支えなければならないという二重の生活上の負担を負っている」、「原告のような境遇にある世帯に対しては、当然右二個の給付を併給すべきものである」が、「本件条項は、前記生活実態を看過し、右二個の給付の併給を禁止しているのであるから、単に手当法本来の目的を没却しているのみでなく、憲法第二五条第二項に違反した条項であ



る」——等主張し、児童扶養手当認定請求を却下する旨の右処分は、違憲無効だとし、その取消しを求めた。被告は、憲法一四一条一項違反の主張に対して、「『社会的身分』とは、人の出生によって決定される社会的な地位または身分である」、「本条項所定の『公的年金給付を受けることができる地位』は、これに該当」しない、「また、原告は同居の父が廃疾である世帯、および母以外の者が児童を養育する場合を以て、原告のような生別母子世帯と比較し、手当の支給について差別が存在すると主張している」が、「右比較は同質の事例間のものとはいえず、原告の主張の根拠となるものではない」と反論する。原告は、また、手当を受給する資格がある旨の認定をすべき義務がある旨の判決を求めた。被告は、これについて、「いわゆる義務付け訴訟であり、行政庁の一次的判断権を侵害するものであつて、三権分立の原則に反し、行政事件訴訟法上許されないものであるから、不適法な訴として、却下されるべき」という。

(2) 義務付け訴訟については、最高裁では争点となっていない。

(3) 今村成和・判評一六七号三四〇三五頁(一九七三)。

#### (四) 「死亡により訴訟終了」テクニク

#### A 概要

これは、保護受給権者の死亡と同時に訴訟は終了し、訴訟は承継されないとして、訴えを斥けるテクニクである。

#### B 裁判例

(1) 〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日(朝日訴訟、民集二二巻五号一〇四三頁、①↓35・10・19(生活保護(仕送り)／取消)東京地判、②↓38・11・4(生活保護(仕送り)／取消)東京高判)は、まず、上告人が、上告の申立ての後、昭和三九年二月一四日に死亡したことを確認する。そして、「生活保護法の規定に基づき要保護者または被保護者が国から生活保護を受けるのは、単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、法的

権利であつて、保護受給権とも称すべきもの」とするが、「この権利は、被保護者自身の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身専属の権利であつて、他にこれを譲渡し得ないし」「相続の対象ともなり得ない」、「被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利についても、医療扶助の場合はもちろんのこと、金銭給付を内容とする生活扶助の場合でも、それは当該被保護者の最低限度の生活の需要を満たすことを目的とするものであつて、法の予定する目的以外に流用することを許さないものであるから、当該被保護者の死亡によつて当然消滅し、相続の対象となり得ない」という。そして、「所論不当利得返還請求権は、保護受給権を前提としてはじめて成立するものであり、その保護受給権が右に述べたように一身専属の権利である以上、相続の対象となり得」ず、「本件訴訟は、上告人の死亡と同時に終了し、同人の相続人」「においてこれを承継し得る余地はない」と結論する。もつとも、後述するように、「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の意見を付加する」とし、傍論において憲法判断を行っている。

(2) 〈生活保護(弁護士費用)／取消〉 東京高判昭和五九年七月一九日(第二次藤木訴訟、判タ五三二一〇一頁、①↓54・4・11〈生活保護(弁護士費用)／取消 東京地判、③↓63・4・19〈生活保護(弁護士費用)／取消 最三判〉)は、〈生活保護(仕送り)／取消〉 最大判昭和四二年五月二四日を援用して、「生活保護法の規定に基づき要保護者が国から生活保護を受ける権利は、要保護者自身の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられる一身専属の権利であり、したがつて、相続の対象となり得ない」、「本件訴訟は、控訴人の死亡と同時に終了し、承継申出人等の相続人においてこれを承継し得る余地はない」という。

(3) 〈生活保護(弁護士費用)／取消〉 最三判昭和六三年四月一九日(第二次藤木訴訟、①↓54・4・11〈生活保護(弁護士費用)／取消 東京地判、②↓59・7・19〈生活保護(弁護士費用)／取消 東京高判〉)は、〈生活保護(仕送り)／取消〉 最大判昭和四二年五月二四日を援用して、「生活保護を受ける権利すなわち保護受給権は、被保護者自身の最低限度の生活

を維持するために当該個人に与えられた一身専属の権利であり、たとえそれが被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利であつても、当該被保護者の死亡によつて当然消滅し、相続の対象とはならない」、「この理は、当該申請に係る保護受給権の内容が被保護者において生活保護を受けるためにその生存中に負担した弁護士費用(期日出頭費用、訴訟記録謄写費用、報酬)の給付を求めるものであつても、異なることはない」とし、本件訴訟は、被保護者の死亡によつて終了し、「同人の相続人である上告人においてこれを承継する余地はない」とする。

(4) 〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉札幌地判平成一年五月三十一日(本村年金訴訟、判時一三三三号一四六頁、②↓3・6・26〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉札幌高判、③↓7・11・7〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉最三判)は、〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日を援用し、「法一九条一項の規定は」、「受給権者の死亡を法律要件のひとつとして受給権者と生計を同じくする一定の範囲の遺族に対して未支給年金の請求権を付与しているに過ぎないものであつて、その法律関係は、相続による遺産の包括的承継とは全く別個の法律関係を構成するものであり、これを実質的にみても、せいぜい未支給年金請求権の特定承継があつたものと擬することができるとどま」り、「訴訟の当然承継の生じる余地はない」、仮に相続人が、「原告が死亡した当時原告と生計を同じくしていた者であつたとしても」、相続人は、「行政処分又は行政争訟を経ているものである以上、法一九条一項の規定に基づく未支給年金の請求権については単なる抽象的、観念的な権利を有するに過ぎないのであつて、それだけでは直ちにその請求権の行使としての給付訴訟を提起する適格を有しないのであるから、いずれにしても相続人」「が原告から未支給年金の請求権の承継を受けたものとして本件訴訟における原告の地位を当然に承継したものである」と述べて、訴えを斥ける。

(5) 〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉札幌高判平成三年六月二六日(判時四二七号四〇頁、①↓1・5・31〈併

給(障害福祉年金・老齢年金)／給付」札幌地判、③↓7・11・7(併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付)最三判)は、一審をほぼ肯定し、一審原告が「提起した本件訴訟は、同人が昭和六三年四月二七日に死亡したことにより終了したものであり、控訴人が右訴訟を当然承継する余地はない」とし棄却とする<sup>(5)</sup>。

(6) 〈生活保護(学資保険)／取消〉福岡地判平成七年三月一日(中嶋学資保険訴訟、判タ八九六号二〇四頁、②↓10・10・9〈生活保護(学資保険)／取消〉福岡高判、③↓16・3・16〈生活保護(学資保険)／取消〉最三判)は、本件変更処分取消しの訴えに関する長女、次女の原告適格について、「生活保護の受給権者は、あくまでも原告」父であり、長女、次女は、原告「父の世帯の構成員にすぎず」、長女、次女の「利益は単なる事実上のものである上、その主張の不当利得返還請求権も現在の訴訟物ではなく、将来の行使が予定されるにすぎない」とし、「原告両名に固有の原告適格はない」として却下する。父の死亡による訴訟の承継については、〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日を援用し、「生活保護法の諸規定条項に基づき、要保護者または被保護者が国から生活保護を受けるのは、単なる国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益ではなく、法的権利であつて、保護受給権とも称すべきもの」であるが、「この権利は、被保護者自身の最低限度の生活を維持するために当該個人に与えられた一身専属の権利であり、他にこれを譲渡し得ないし」「相続の対象ともなり得ない」、「被保護者の生存中の扶助ですでに遅滞にあるものの給付を求める権利についても、医療扶助の場合はもちろんのこと、金銭給付を内容とする生活扶助の場合でも、それは当該被保護者の最低限度の生活の需要を満たすことを目的とするものであつて、法の予定する目的以外に流用することを許さないものであるから、当該被保護者の死亡によつてその権利は当然に消滅し、相続の対象となり得ない」とし、訴訟は、原告父の死亡と同時に終了するとする<sup>(7)</sup>。

(7) 〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉最三判平成七年一月七日(民集四九卷九号二八二九頁、①↓1・5・31〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉札幌地判、②↓3・6・26〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉札幌高判)は、国民年

金法一九条一項、同条五項の「規定は、相続とは別の立場から一定の遺族に対して未支給の年金給付の支給を認めたものであり、死亡した受給権者が有していた右年金給付に係る請求権が同条の規定を離れて別途相続の対象となるものでない」とし、一審原告の「死亡により本件訴訟は終了したとした原審の判断及び上告人の訴訟参加の申立てを却下した原審の判断は、結論において正当」とし上告を棄却する<sup>(8)</sup>。

#### C このテクニクを支える思想

##### (1) 生存権観

このテクニクの性格上、生存権への直接的な言及は見られないが、〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日は、後述するように、傍論において生存権に対する消極的コミットを明言しており、〈生活保護(学資保険)／取消〉福岡地判平成七年三月一四日と同一の事件である〈生活保護(学資保険)／国賠〉福岡地判平成七年三月一四日も、後述のように消極的なコミットを示している。

##### (2) 司法哲学

消極的な司法哲学が内在しているといえよう。

#### D このテクニクをめぐる

##### (1) 生活保護関係

(a) 〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日が、保護受給権が相続の対象となり得ない以上、不当利得返還請求権の相続性も当然に否定され、履行遅滞にある扶助料の給付を求める権利は相続の対象となり得ないとしたことについて、判決当時、「本件訴訟は裁決の取消を求める訴であるから、保護受給権・不当利得返還

請求権などの相続性の有無によって直ちに訴訟承継の成否を解決できるわけではない<sup>(9)</sup>というコメントをはじめとして、種々議論があつた。近時においても、「本件承継問題における見解の相違は、一方で国民の裁判を受ける権利、他方で社会保障の権利に対する姿勢に深くかわつている。本判決多数意見のように、一身専属性を根拠として簡単に訴訟の終了を宣告し、国の生活保護政策の当否を問うための機会を閉ざしてしまうことは、国民の間に『死んだらおしまい』というような意識を拡大し、国や司法に対する信頼を失わしめるものである。とりわけ、社会保障の権利をめぐる裁判では、原告（あるいは被告）は、障害をもつ人や高齢者、患者等であり、長期の裁判に耐えられないし、審理途中死亡する例も多い。田中意見の指摘するように、国民のための裁判所としては、できるだけ門戸を広げ、可能な限り門前払いの裁判をせず事案の実体に立ち入って判断すべきである。また、保護受給権に厳しい制約を課し、訴訟の承継を否定する背景には、多数意見の生存権に対する消極的姿勢、さらには自ら否定する生活保護の受給を『国の恩恵ないし社会政策の実施に伴う反射的利益』とする見方が根強く存在すると思わざるをえない。とくに、一身専属性を有する公務員の普通恩給の場合には、公務員であつた者とその家族の生活の安定を図る『生活保障の要素が大』であることをもつて逸失利益性と相続性を認めている」「こと等と比較すると、生活保障に対する『劣等処遇』的思考が拭いきれていない<sup>(10)</sup>」という批判がある。

(b) 〈保護・減額(学資保険)／取消〉福岡地判平成七年三月一四日が、長女、次女について、死亡した原告の世帯構成員にすぎないとして原告適格を否定した点について、「制度運用上、世帯に対する保護費の支給は、当該世帯に対する一個の権利を付与するかのような外観を呈するものの、理論的には世帯構成員すべての保護受給権を実現するものにはかならない」、「保護受給権の一身専属性を理由に、被保護世帯の保護受給権は世帯主にのみ帰属し、世帯構成員は事実上の利益を受けるに過ぎないとする本判決の判断枠組は、朝日訴訟などとの事案の相違を無視するとともに、被保護世帯における保護受給権を限定的に解釈した点で大きな問題を残した<sup>(11)</sup>」という批判が

ある。

## (2) 併給制限

(a) 〈併給(障害福祉年金・老齢年金)／給付〉 札幌地判平成一年五月三十一日、〈同〉札幌高判平成三年六月二六日、〈同〉最三判平成七年一月七日等は、拋出制年金の訴訟の承継についても、〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日を援用し、権利の一身専属性から訴訟を終了とし訴訟の承継を認めなかった。この点、「年金受給権といえども、高齢者などの生活の保障のための公的な給付として設けられたものであり、法はそれを一身専属権として、例外的に法一九条一項で一定の親族に未支給年金の請求を認めた」、「したがって、この法一九条一項の規定は、年金受給権の相続性の否定を前提としたものである」<sup>(12)</sup>とし、判決は正当であるというコメントの他、〈生活保護(仕送り)／取消〉最大判昭和四二年五月二四日の田中反対意見、後述の〈併給制限(老齢福祉年金・普通恩給)／給付〉東京高判昭和五六年四月二二日を援用して、「本件にも訴訟の承継を肯定しうる余地はあつた」<sup>(13)</sup>というコメントが見られる。<sup>(14)</sup>

## 注

(1) 肺結核のため十数年前から国立岡山療養所に入所し、単身でかつ無収入のため医療扶助および生活扶助を受けていた原告は、昭和三年八月一日以降実兄から月額一、五〇〇円の仕送りを受けることとなつた。そのため、津山市社会福祉事務所長は、昭和三年七月一八日付で、仕送りのうち六〇〇円を原告が従来生活扶助として支給を受けていた日用品費に充当させることにして生活扶助を廃止し、残額九〇〇円を原告の医療費の一部として負担させ、それ以外の医療費について医療扶助を行う旨の保護変更決定をした。そこで、原告は、昭和三年八月六日、本保護変更決定を不服として岡山県知事に対し不服申立てをしたところ、知事は同年十一月一〇日を却下する旨の決定をした。原告は、右却下決定を不服として厚生大臣に対して同年十二月三日不服申立てをしたが、厚生大臣は昭和三年二月一五日付で本保護変更決定を認容し、右申立てを却下する旨の本件裁決をした。原告は、厚生大臣が生活保護法八条一項に基づいて定めた保護基準による保護実施要領(厚生省社会局長通知)が定めた最

高額である一カ月当り六〇〇円の保護基準では、肌着二年に一枚、パンツ一年に一枚、チリ紙一月に一束などの日用品しかまかなえず、また、重症結核患者にとつて必要な補食費が日用品費として考慮されなかつたのは不当だとして、憲法二五条一項、生活保護法八条二項、三条、五条に違反することを理由に、主たる請求として厚生大臣の不服申立て却下判決の取消しを、予備的請求として本件判決の無効確認を求めた。原告は、①生活保護法は、憲法二五条の規定する理念に基づいて国に国民の最低生活を具体的に保障する法律上の義務を負わしめ、生活保護法三条は、同法によつて保障される最低限度の生活は健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならぬとしており、生活保護法の立法経過、同法一条、五条の趣旨を併せ考えると、それは、たんなる訓示的、方針的な規定でなく、具体的な効力規定であること、同法八条二項は、被告が同条一項に基づいて定める保護の基準は要保護者の年齢別、性別、世帯構成別、所在地域別その他保護の種類に應じて必要な事情を考慮した最低限度の生活の需要を満たすに十分なものでなければならぬとし、そこにいう「最低限度の生活」、すなわち「健康で文化的な生活水準」は、たんなる生存の水準でなく、複雑な生活の基準であり、特定の国の特定の時期的段階における生活状況の中ではやはり客観的、一義的に存在し、科学的、合理的に算定可能のものと考えられること、②入所中の国立岡山療養所の給食は不完全であり、原告の健康の維持、治療の促進のため補食が不可避である等を主張した。被告は、①の主張に対しては、右品目、数量等は入院入所中の要保護患者において生活保護法三条にいう「健康で文化的な生活水準」を維持することができ、同法八条二項の保護は最低限度の生活の需要を満たすに十分なものであつて、かつこれを超えないものでなければならぬとする要請にも合致するとし、②の主張に対しては、仮に国立岡山療養所の給食が不完全であるとしても、それは日用品費の問題とは別個に医療扶助の一部としての給食自体について解決されるべき事柄であり、両者を混同することは許されないと反論する。後述するように、一審は、原告の請求を認容したが、二審は一審判決を取り消した。原告は上告したが、病状が悪化し、昭和三十三年二月一四日、死亡。上告人は死亡の直前に養子を取り、その養子夫妻が相続人として訴訟の承継を主張した。多数意見↓横田喜三郎、入江俊郎、五鬼上堅磐、長部謹吾、城戸芳彦、石田和外、柏原語六、下村三郎、補足意見↓奥野健一、反対意見↓草鹿浅之介、田中二郎、松田二郎、岩田誠。奥野補足意見は、多数意見と同じく、訴訟は継承しないとするが、後述するように本案において多数意見より若干積極的な意見を述べている。田中反対意見は、「行政事件訴訟における訴訟要件は、これをできるだけゆるやかに解釈し、裁判上の救済の門戸を拡げていこうというのが、近時、諸外国におけるほぼ共通の傾向であり、それは、行政権に対する人民の救済制度である行政事件訴訟、殊に抗告訴訟の性質に照らし十分の理由があることにかんがみ、わが国においても、理論上可能な限り、いわゆる門前払いの裁判をすることを避け、事案の実体に立ち入つて判断を加えることが、国民のための裁判所として採るべき基本的な態度ではないか」という基本姿勢の下に、「本件判決が取り消された場合には、厚生大臣



は、憲法及び生活保護法の規定の趣旨に従った適正な生活扶助基準を設定すべき拘束を受けることとなるのであるから、国は、同人に対して右の限度においてその利得を返還しなければならず、これを朝日茂の側からいえば、同人は、右の限度で不当利得返還請求権を有する」、「この国に対する不当利得返還請求権は、保護受給権そのものの主張でないことはもちろん、すでに遲滞にある生活保護の給付の請求そのものでもなく、元来、朝日茂の自由に使用処分し得た金銭の返還請求権ともいうべきものであつて、このような権利についてまで、その譲渡性や相続性を否定すべき合理的根拠は見出しがたい」、「若し、右のような意味での不当利得返還請求権が認められるべきものとすれば、この請求権を行使するためには、本件で取消訴訟の対象になつてゐる裁決の取消がされることを当然の前提条件とするのであつて、右の権利を相続した」(両名は、本件裁決の取消によつて回復すべき法律上の利益を有する)とし、本件訴訟の承継を肯認すべきとする。もつとも、田中反対意見の本案での判断は、後述するように多数意見と異ならない。松田、岩田誠、草鹿反対意見は、「保護受給権が一身専属的であるといふことは、本件訴訟において承継を否定する根拠とな」らない、「若し本件裁決が取り消されることがあれば、保護受給権が」「権利である以上、国は本来義務として負担すべき医療扶助の給付をしないため、同人をして支払ふことを要しない自己負担金を支払わしめるに至つたのであるから、右変更決定以降同人が自己負担金として国に支払つた限度において、国はこれによつて法律上の原因なくして不当に利得したことになる」、相続人両名は、行政事件訴訟法九条にいう「本件裁決の取消によつて回復すべき法律上の利益」を有すると述べ、訴訟は承継するとする。もつとも、「本件訴訟が既に終了したものと認めざるを得ない以上、その訴訟が未だ終了していないことを前提として本案の上告理由にまで立入つて意見を述べるといふことはなすべきことでない」と結ぶ。

(2) 原告は、脊髄カリエス等の後遺症のため国立村山療養所に入院中の昭和四十二年八月、被告武蔵村山市福祉事務所長に対し生活保護の申請をしたが、管轄違いとして却下され、その後、同様の申請を与野市福祉事務所長にしたが、これも、保護の要件に欠けるとして却下され、右処分等の取消しを求める三つの訴訟を提起した。第一の訴訟につき、東京地判昭和四十七年一月二十五日(いわゆる第一次藤木訴訟、判時六九〇号一七頁)は、原告勝訴とし、昭和四十二年八月二十八日に遡つて、生活扶助四、〇七七円、医療扶助二〇万四七〇円の生活保護が開始された(その他の訴訟は、裁判上の和解により終了)。原告は、第一次訴訟に要した報酬等(金員合計一五万一、六三〇円)を支払ふ資力がないので、昭和四十八年一月二十九日、被告所長に対し生活保護法による保護の申請をしたが、同年二月二十七日、弁護士費用は生活扶助の対象に当たらないとして却下となつた。原告は、同年四月一七日東京都知事に審査請求をしたが、同知事はこれについて裁決をしないので、同年七月三〇日、厚生大臣に再審査請求をしたが、同大臣は、同年一〇月六日これを棄却する旨の裁決をした。原告は、法治国家における国民の法的な生活は医療に劣らない重要性をもつており、民事裁判が財産、身分の得喪に直接関係するものであることを考えると、日常生活における法的処理、特に裁判

による紛争の解決を求めることは国民の健康で文化的な最低限度の生活の中に当然含まれるべき事柄であり、貧困者が権利を行使しあるいは違法不当な行為から防禦するための裁判の費用、さらには右裁判のための弁護士費用は、生活保護法一二条一号所定の「衣食その他日常生活の需要を満たすために必要なもの」に当たること、特に、本件弁護士費用は、社会保障上の権利が行政当局によつて侵害された結果、その権利貫徹のための手続として必要とされた訴訟の費用であつて、生活保護によつて救済されなければならないと主張し、福祉事務所長が保護申請を却下した処分は、憲法一二条、一三条、三一条、一四條、三二條、二五條等に違反するとして取消しを求めるとともに、厚生大臣による再審査請求棄却の裁決についても、大臣としては本件再審査請求の段階において特別基準を設定して原告を救済すべきであつたのに、これを怠り再審査請求を棄却したことは、違憲・違法だとして取消しを求めた。被告らは、前者に対して、生活保護法における保護の種類は限定的に列挙され、法による保護の範囲および程度は、本来一般国民の生活水準、社会経済条件等に照らして決定されるもので、おのずから一定の限度があり、わが国における一般国民の日常生活の実態に鑑みれば、弁護士費用のごときものを、法で保障する最低限度の生活の内容に含めて考えることはできないと反論する。また、原告が援用する憲法の各条項は、いずれも国民に対し、直接生存のための具体的権利を与えるたり、裁判を受けるために法律扶助を受ける権利を与えたものでないこと、原告が第一次訴訟を提起追行する際、扶助協会に扶助申込みをすべきであつたともいう。また、後者に対しては、法による保護の基準（昭和三八年厚生省告示第一五八号）第二号に基づく特別基準は、一般基準によつては最低限度の生活に必要な需要を満たすことができないような特殊な事情があり、法で予定している最低限度の生活を維持することのできない場合に設定されており、生活保護給付の対象に予定されていない本件弁護士費用について特別基準を設定することはできないという。後述のように、一審（生活保護弁護士費用／取消）東京地判昭和五四年四月一日は、弁護士費用は生活保護の対象となり得ないとして原告の請求を棄却した。訴訟が控訴審に継続中に原告が死亡し、原告の次男が訴訟承継の申出をしたため、訴訟を承継できるか否かが争われることとなつたのである。

(3) 昭和三五年に裁定を受け、昭和六〇年法三四号による改正前の旧国民年金法に基づいて無拠出制の障害福祉年金を受給していた大正三年生まれの原告は、その後、国民年金の保険料を納付し、昭和五四年七月以降老齢年金についても受給権を有する旨の裁定を受けた。その後、社会保険庁長官は、同人が、いずれの年金を選択するか申出をしなかつたため、各月分の年金額の高い方を選択したものとみなして、同法二〇条の併給調整規定に基づき、老齢年金については支給停止の措置をとつた。そこで、原告は、二以上の年金給付の受給権を有する者にはその者の選択によりその一を支給し他の支給を停止すべきものとするいわゆる併給調整について定めた法二〇条の規定およびこれに基づいてなされた各支給停止の措置は、憲法二五條、一四條、二九條および三一條の各規定に違反し、無効であり、昭和五四年七月以降の老齢年金の支給を受ける権利を有するとし、被告国は、原告に

支給すべきであつた未支給の老齢年金合計金一〇六万六、九三円の支払いを求めて訴訟を提起した。訴訟係属中の昭和六三年に原告が死亡。訴訟を引き継いだ養女は、本件訴訟の対象である老齢年金の受給権は既に裁定を受けて具体化したものであり、純然たる金銭債権と変わりがなく、相続の対象となること、そうでないとしても、同人は、原告と生計を同じくしており、法一九条一項——「年金給付の受給権者が死亡した場合において、その死亡した者に支給すべき年金給付でまだその者に支給しなかつたものがあるときは、その者の配偶者、子、父母、孫、祖父母又は兄弟姉妹であつて、その者の死亡の当時その者と生計を同じくしていたものは、自己の名で、その未支給の年金の支給を請求することができる」——により自己の名で未支給年金の支払いを請求することができること、両人の請求の成否はいずれも法二〇条の併給調整に関する規定の違憲性という争点を共有していること等主張し、訴訟状態を同人に引き継がせることが紛争の一回的解決という訴訟上の利益にも合致するという。

(4) 二審では、原告は、従前の主張を維持したほか、新たに民事訴訟法七三条に基づく参加申立てをした。

(5) 判決は、民事訴訟法七三条による参加申立てについて、「同条は係属中の他人間の訴訟に参加する場合を定めているものであるところ、控訴人は自己を一方当事者とする訴訟に参加を申し立てるものであるから、不適法として却下する。

(6) 福岡市在住の生活保護受給者が、節約して子供の学資保険を積み立てていたところ、長女の出生後である昭和五一年六月一七日付で保険金五〇万円、満期日平成二年六月二十八日とする本件学資保険の契約を締結した。昭和六三年三月、本件学資保険から三〇万三、三九〇円の貸付けを受け、平成二年六月一九日、学資保険の満期返戻金四四万九、八〇七円を受領した。この事実を知った福岡市の生活保護担当職員らが学資保険の解約を指導し、被告福祉事務所長は、右返戻金のうち、四四万五、八〇七円を収入認定し、原告らの世帯に支給する平成二年七月分以降の生活保護費支給額を九万五、一六八円に減額する旨の保護変更決定処分をした。原告ら（父、長女、次女）は、被告に対し右変更処分の取消しを求めた（第一事件）。さらに、原告らは、国および福岡市に対し、国家賠償法一条一項に基づき慰謝料等の損害賠償の支払いを求めた（第二事件、これについては別に扱う）。原告らは、自らの原告適格について、憲法二五条の生存権は、親権者・扶養義務者の存在する未成年者にも認められ、扶養権利者たる未成年者に対する国の保護の実施は、国の直接の責務であり、父を名宛人とする不利益処分により、父と同一世帯を構成する長女、次女にも必然的に不利益が及ぶことは明白であるとし、原告適格が認められるべきと主張したが、被告福祉事務所長は、長女、次女にはもともと原告適格がないと反論する。長女、次女が保護変更処分に関し審査請求の裁決を経ない点について、原告らは、同一世帯である原告三名は、一体的な利害関係を有し、原告父による審査請求は、同時に長女、次女のための審査請求でもあり、行政事件訴訟法八条一項に抵触しないと主張したが、被告は、処分の取消しの訴えは、当該処分についての審査請求に対する裁決を前提としており（生活保護法六九条）、長女、次女の訴えは不適法であると反論する。本案において、

原告らは、本件変更処分は、①憲法一三条違反——人は、自己の生活のあり方を自ら決定する自由・権利を有しており、この自己決定権は、憲法一三条によつて保障されているところ、保護受給者にもこの権利は認められ、保護受給者は、支給された保護費をどのように活用・費消するかについて、自ら選択し決定する権利を有している——、②憲法一四条違反——「高校修学費用は、奨学金、他からの恵与金をもつて賄ひ、保護費を貯めた費用でそれを賄うことは許されない」という運用は、他からの奨学金・恵与金などが幸いにして得られる世帯と、そうでない世帯とを差別する——、③憲法二五条違反——保護受給世帯の預貯金は、不時の出費、耐久消費財等の購入、世帯員の年齢、健康、人生サイクルなどに応じた特別な出費等に備えるために必要であるから、相当の貯えを認めることは、保護受給世帯の人々の「健康で文化的な最低限度の生活」を保障する必須の要件であり、また、保護費等を節約して備蓄することは一時的に被保護者の最低限度の生活を犠牲にすることになるが、備蓄した累積金を収入認定して保護費を減額すれば、犠牲にされた最低限度の生活が永久に回復されない——、④憲法二六条違反——原告父は、子供らの進学準備のために学資保険に加入してきたものであり、この学資保険の満期返戻金を収入認定し、保護費を減額することは、進学準備金としての用を果たさせることを困難にさせ、子らの学習権を侵害する——、⑤適正手続違反——憲法一三条は、公権力が法律に基づいて一定の措置をとる場合、その措置によつて重大な損失を被る個人は、その措置がとられる過程において適正な手続的処遇を受ける権利を保障されているが、本件変更処分においては、何ら告知および聴聞がなされていない——等主張し、本件保護変更処分は生活保護法五六条の「正当な理由」を有しないと主張する。被告らは、①の主張に対しては、たんなる一試論にすぎず、仮にそうでないとしても、本件における生活保護行政上の運用は、原告らの貯蓄または消費の自由に対する合理的制約である、②の主張に対しては、原告らの主張する「不平等」は、たんに法の規定する要件を充足しているか否かによつて生じた結果にすぎず、被保護者自体を平等に扱っていないというものではないから、本件変更処分については、平等原則が問題となる余地はない、③の主張に対しては、保護を受給している世帯が保護費の一部を積み立てることによつて高校修学費用を賄うことを認めることは、一般低所得世帯との対比上、被保護世帯を一般低所得世帯よりも有利に扱うこととなる、④の主張に対しては、もともと、憲法二六条一項、教育基本法三条一項の差別的禁止は、授業料を徴収することによつて低所得者を不利に扱う結果になることまで禁止したものではない、⑤の主張に対しては、平成二年五月初ころ、世帯の担当ケースワーカーらが、本件学資保険の解約について話し合いをしており、実質的に父への告知聴聞の機会が与えられていた等反論する。第一審係属中に父が死亡し、訴訟の承継が問題になった。長女、次女らは、本件変更処分が取り消されれば、国は、福祉事務所長を通じて父に変更前の従来の支給額を支給すべき拘束を受けることとなり、国は、父にその利得（従来の支給権との差額合計金四四万五、八〇七円の支払い）を返還しなければならず、不当利得返還請求権を相続した長女、次女は、本件変更処分の

取消しによつて回復すべき法律上の利益を有し、訴訟を承継する資格を有するという。これに対し、被告は、本件取消訴訟は、原告父の死亡によつて終了し、その当事者たる地位を他の者が相続により承継する余地はないと反論する。

(7) 判決は、さらに、長女、次女らは審査請求をすることなく本件変更処分取消しの訴えを提起しており、原告父の審査請求等をもつてこれに替えることはできないとし、この点からも長女、次女らの訴えは、不適法だとする。

(8) 判決は、同法一九条一項という死亡した受給権者が有していた請求権の承継について、「自己が所定の遺族に当たるとしてその権利を行使するためには、社会保険庁長官に対する請求をし、同長官の支給の決定を受けることが必要である」とする。

(9) 芦部信喜・法協八五巻七号一一四頁(一九六八)。

(10) 井上英夫・別冊ジュリー一五三号一九九頁(二〇〇〇)。

(11) 加藤智章・ジュリー一〇七七号一九九頁(一九九五)。

(12) 堀勝洋・季刊社会保障研究二七巻三三三頁(一九九一)。

(13) 河野正輝・別冊ジュリー一三三九頁(一九九一)。その他、「宮訴訟控訴審判決のような立場も実務的には十分理解できるのではないか」(佐藤道明・判タ七三五号(一九九〇))の他、「本件で問題となつた国民年金法に基づく老齢年金は、拠出制年金であるから、無拠出の生活保護受給権とは、少し性質が異なるともいえる」、「老齢年金には、保険料の対価としての性質を有する部分のあることは否定できないところであるし、もともと訴訟承継の問題は、訴訟資料や訴訟状態を引き継ぐことで訴訟経済に資することともに、当事者間でも公平で実効的な紛争解決を図ろうとする訴訟法上の発想に基づくものであるから、訴訟対象の一身専属性を理由に遺族による訴訟承継を全面的に否定することには、若干問題が残る」(西口元・判タ臨増九四五号三六三頁(一九九七))等のコメントがある。

(14) その他、高裁、最高裁が、法一九条一項の定めによつて承継的に取得されうる未支給年金支払請求権に関し、社会保険庁長官の裁定を要するとした点について、「このような手続きを経ない段階での法一九条一項の請求権は抽象的・観念的なものとどまる。すなわち、未だ請求権にすぎず、行政庁の裁定を受けた受給権ではない」(堀・前掲注12)三三四頁、「本件のように死亡した当事者との間で受給権の存否が争いとなつていた訴訟の承継が問題となる事実だけを考えると、遺族の負担や訴訟経済の観点から異論もあり得ようが、一般的に、法一九条一項の請求についても社会保険庁長官の行政処分としての決定を得る必要があると考えるべきであるとすれば、やむを得ない結論」(川神裕・ジュリー一〇八九号三八頁(一九九六))、「あれこれの法律が個別に定めている未支給年金(給付)の支払(給付)の請求の仕組みは、可能な限り、国民に理解しやすいものとする努力が立法者がすべきであり、争訟の仕組みも合理的に組み立て、運用すべきであろう。そうでなければ、本件事案のように、原告は、

訴訟承継を否定され、改めて社会保険庁長官の裁定の申請をし、不服があれば、さらに審査請求、再審査請求という二段階の不服申立てを経由してからでなければ、取消訴訟が提起できないという迂遠な途を強いられる事態が生ずることになる」(宮崎良夫・別冊ジュリ一五三号八一頁(二〇〇〇))等のコメントがある。なお、高裁が、控訴審における参加申立てを不適法なものとして却下した点について、「当事者の一方が消滅した場合に七三条で参加するのは論理的に無理がないとはいえない。どちらかといえば、行政上の当事者訴訟における権利関係の特殊性に照らして、これに適応した形態での民事訴訟法の類推適用として当然承継を認める方が無難である」、「いずれにせよ、実質的に権利の移転が認められるのであれば、常識的にはなんらかの形で承継は認めるのが妥当であろうと考えられるが、従来通説・判例の枠ではこれを認めるには解釈上困難な点が多い」(大島隆明・判タ八二一三〇一頁(一九九三))というコメントがある。

〔付記〕 本研究は、二〇〇三年度南山大学バツへ研究奨励金Ⅰ-Aによる研究の一部である。